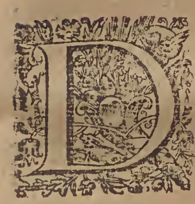
APENDIX A LA Informacion en derecho.

POR

Don Iuan de Torres Montees, cessonario de la S. Iglesia de Malaga.

EN EL PLEYTO CON DOÑA FRANCISCA Clut, biuda de Elias Sirman, a que fue citada Doña Ana de la Fuente.



DESPUES QVE ESCRIVIMOS en la instancia de vista por Don Iuan, auemos entendido, que Doña Francisca se vale, de dos lugares, para excluir la pretensiõ de Don Iuan. El vno es de Gaito de credito quæsito 4. quest. 1. num. 2181. el qual alega, y se remite a el otro lugar, que es la decision Neapolitana de Francisco de Ponte 28. en el nu. 18. y ambos dizen, que en aquel Reyno es vsado, y vtil el estilo de consumir los juros, siue (vt ipsi aiunt) annuos introitus, quando se vendé, y passarlos en cabeça del comprador, para que quede seguro, y libre de las hypotecas contraidas por el vendedor, porque dizen, que con esto quedã estinguidas. Y asi solo procuraremos satisfazer a la decision de Põte, cuyo pleyto fue sobre que Don Iuan de Tarsis, Correo mayor, dio en arrendamiento por tiempo de quinze años, el oficio de correo mayor de Napoles, a Iuã Baptista çapat, y para sus herederos, y obligò por especial hypoteca el Oficio, con pacto de no enagenar a la seguridad, y saneamiento de el arrendamiento. Muerto çapat, lo vendio Don Iuan de Tarsis a Marco Antoni Iudici, renunciandolo en manos de su Magestad, que mandò despachar titulo en fauor, y ca-

beça de Iudici, el qual pretendio, que por la regla ordinaria no estava obligado a conservar a los herederos de çapat en el arrendamiento, por ser successor particular: y por ambas partes se alegaron diferentes fundamentos, y en particular, por la de los herederos de çapat, desde el num. 11. hasta el 16. inclusiue, que son harto apretados, y de que con dificultad se pudo desempeñar el Senado. Vltimamente parece se de termino, que el arrendamiento, e hypoteca se resolvieró con la venta, y renunciacion, y que Iudici no estaua obligado a estar por el arrendamiento hecho por su antecessor.

Desde el nu. 17. se funda el derecho de Iudici, y en el nu. 18. per transenam, y sin mas fundamento de los propuestos, para el caso de q̃ se trataua, dize el vso y estilo de aquel Reyno que queda referido, y sin embargo reconoce que el caso es mas fuerte, ibi, *& hic est cassus fortior.*

Esta decisió tuuo muchos, y diferentes motivos: vno dellos y el mas principal fue, q̃ se asiéta por caso llano en ella, que el inquilino *debet seruari indemnis*, y satisfazersele el interesse de salirle incierto el arrendamiento, que es a lo que estava obligado el que dio en arrendamiento el Oficio. ex regula text. in l. si merces, §. qui fundum D. locati cum alijs, y asi el Iudici prometio de pagar este interesse, *vt constat ex d. num. 17. ibi, si ergo serVatur conductor indemnis, & eo magis hic, vbi noVus successor hoc promisit, scilicet eximere indemnem ab omni interese, &c.*

A Don Iuan, ni se le ofrece pagar el interesse que pretende, y tiene en este pleyto, *nec serVatur indemnis*, porque no tiene de quien cobrar el tributo, porque los principales deudores estan quebrados, y sin bienes con que pagar: y asi con el hecho de la otra parte consumiendo el juro quedaria perjudicado, su derecho, *contra regulam non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.*

Otro motivo se alega in d. deciss. num. 18. videlicet, que el comprador del oficio vsò de su derecho, suplicando a su Magestad lo pusiesse en su cabeça, y asi aunque con esto se perjudica a el tercero, en efeto vsa de el derecho que le pertenece, *& nullus Videtur dolo facere, qui iure suo Vtitur*: y que el perjuyzio del tercero, *Venit per quamdam consequentiam, quæ in iure non atenditur.*

Tiene

Tiene satisfacion este motivo en lo mismo que en el se a-
lega; para lo qual suponemos que la reg. nullus videtur de reg. iur. habla con aquella palabra, videtur, q̃ denota in propriedad, *& quamdam præsumptionem, videlicet,* que no se presume fraude, ni dolo en el que, *vtitur iure suo*; pero si se prouase, o constase de lo contrario, indubitablemente quedara elidida esta presuncion, y el fraude, y dolo no tendria efecto alguno contra el tercero, que funda su derecho en la raçon ciuil y natural, que prohibe, que el fraude, y dolo, de vno perjudique a otro: y asi se reconoce in d. num. 18. ibi, *oportet enim constare de fraude alias nullo modo præsummitur, quãdo quis disponit secundum quod est ei â lege permissum.*

En nuestro caso el fraude, y dolo es claro, y euidente, por que aunque confesamos que el comprador del juro pudo vsar del pacto y condicion puesta en la primitiua creacion del juro, para que se despachase priuilegio en su cabeça, pero esto se hizo con mala fè, y dolo conocido: porque como se aduirtio a la vista del pleyto: en el que se siguio en el consulado se opuso la Iglesia de Malaga alegò su derecho, y opuso de su tributo, y se vendio el juro, sin hazer autos cõ la Iglesia, ni citarla para el remate: y claro està, que para comprarlo auia de ver el pleyto el comprador, y reconocer los titulos, y cargas que tenia, aptissime, & fere interminis Petrus Surdus consi. 4. num. 45. & 46. y en aquel pleyto constó con llaneza, que el tributo de la Iglesia era anterior a todos los demas, y asi aun quando se tuuiera por consumido verdaderamente este juro, y redimidose cõ efecto tenia la Iglesia, y don Iuan derecho para revocar el mismo dinero, y precio principal del juro, vt traddit ipse Surdus d. consi. 4. nu. 44. aũque no lo possea, supuesto q̃ *qui dolo desiit posidere pro possessore damnatur l. sim autem § sed & si D. de rei vend. idem Surdus vbi proxime num. 48.*

Y para que con mas llaneza conste del fraude en el otro pleyto que Doña Ana de la fuente siguio ante el Alcalde, alegaron los herederos de Elias Sirman, que auia otros acreedores de mejor derecho, y anteriores a el tributo que se le redimio a Doña Ana, como constaua del pleyto del Consulado, y no podia ser otro sino el dela Iglesia, porque era el mas antiguo; y esta alegacion basta para que se presuma, que tu

vie-

uieron noticia del tributo de la Iglesia, idem Surdus d. consi. 4. num.46. & consi.296. num. 33. Mascard. con. 1299. nu. 20. Con lo qual concurre, que reconociendo la Audiencia, que auia otros acreedores mas antiguos que Doña Ana, mandò que diesse fiança de estar à derecho con los acreedores de mejor derecho: con que se prueua claramente la mala fè, y que Doña Francisca no corre riesgo alguno en este pleyto, porque Doña Ana y su fiador, a de sanear el que tuviere.

Y quando el comprador fuera tan descuidado, que para comprar el juro no mirase, ni aduirtiese en los recaudos, y autos eu cuya virtud se vendia el juro: ni la fè del libro del Cabildo a donde estaua registrado el tributo dela Iglesia, como cõsta del testimonio que està presentado en este pleyto: (que es lo que hazen todos los que compran juros, y heredades, mayormente en cosa de tanta importancia) toda via se presume que tuvo noticia deste tributo, *quia dolus & mala fides præsumitur in eo qui scit, aut scire protuit, aut debuit, Mascard. oncluss. 1003. num. 36. & præsumitur sciencia in eo qui tenetur aliquid inuestigare Surdus deciss.* 181. *num.* 4. Y enefeto, el dexar de hazer lo que todos hazen, aunque seã muy descuydados, ni se presume, ni escusa de presuncion siniestra. *Lata ergo culpa (quæ dolo adnumeratur, & dolo proxima) est vulgarem diligentiam non adhibere*: l. cedere diem 213. vers. fin. l. latæ culpe 223. D. de verborum sign. late Pichardus in §. item is cui instituta quibus mod. re contra. oblig. num. 64. Matien. Iunior in repetit, l. contractus de reg. iuris num. 9.

Con estas presunciones, y con lo que se pondera en el primero papel, en la respuesta a la segunda excepcion, cerca de la mala fè que an tenido los dichos herederos, se prueua cõ euidencia el fraude con que se pretendio consumir el juro, maxime, siendo como fue tan inmediato a el remate y venta, porque passaron muy pocos dias. *Vicinitas actuum inducit præsumptionem fraudis Mascardus conclussione* 815. *num.* 4. *Bellonus de potestate corum, quæ incontinenti fiunt cap.* 2. *num.* 6. Y assi estamos en terminos diferentes de la decision de Ponte, y cumplimos con la probança del fraude, que el dize es necessaria para vencer en este punto, porque en auiendo dolo, o fraude, todas las acciones, y excepciones degeneran, y passan a otros terminos. Y no es mal texto a este proposito la ley

ley *stellionatus* 3. *versi. sed & si quis merces suppofuerit, vel obligatas auerterit, vel corruperit, & enim stellionatus crimen est D. de crimine stellio.* Este texto *ex eo* solo que se cósume la prenda, dize que es delito de estellionato, y el juizio deste delito se da contra *eos, qui dolo aliquid fecerunt, quando aliud crimen non est quod obiiciatur d. l. 3. de crimine stell.* y el texto entre otros exemplos en que se comete dolo, pone el referido de consumir la prenda.

En nuestro caso es mas indubitable nuestra pretension, y aun no es necessario valernos destos medios, porque en el caso de Gaito, y de Ponte d. num. 18. uvo redencion verdadera y resolucion total, *vt constat ibi, quia fit resolutio ex necessitate mediante cessione iuris luendi:* En nuestro caso no fue mas de romperse el pergamino del preuilegio en cabeça de Luis de Padilla, para hazer otro en cabeça y nombre de los herederos de Elias Sirman, y asi la certificacion de el Tesorero de su Magestad, no es de auer recebido dinero, de los herederos, sino de auerse chancelado el priuilegio proprio, para que se le despachase otro a los herederos.

Y esta no es nouacion verdadera, sino impropria, imperfecta, & acumulatiua, y solo para efecto de que el comprador y nueuo sucessor con mas facilidad, y buen derecho pueda cobrar l. obligationum fere 43. §. fin. D. de oblig. & act. cum aliis adductis a Gratiano 2. tom. discep. foren. ca. 290. num. 7. Ni es nouacion volũtaria sino *necessaria ex vi pacti, & principis promissione;* y quando la nouacion es imperfecta, *vel a cumulatiua, & necessaria non permit hypotecam, & obligationem primevam: Negusantius de pign. 3. membro sextæ partis principalis num. 2. & sequent. Grat. vbi supra num. 7. & sequent.*

Præterea, la decision de Ponte en su caso principal tuuo otros dos fundamẽtos, que no se aplican para nuestro caso, videlicet, que por ser renũciable el oficio de Correo mayor no se pudo arrendar por tan largo tiempo, ni hypotecar a la obseruancia de el contracto, por tenerse ambas cosas por genero de enagenacion, prohibida en estos oficios, sino se haze en manos del Principe, como los beneficios y feudos, y mas particular en los oficios, en que se elige la industria, y fidelidad de la persona, como latamente lo funda, desde

el num.19. hasta el fin de esta decision, lo qual no se aplica a nuestro caso.

Y lo que se dize in d. decisione num.19. de la ley si quis nec causam de rebus creditis: *quod atenditur quod principaliter fit, non quod in consequentiam venit.* No se aplica a nuestro caso, porque supuesto el fraude, y mala fè referida, lo que principalmente se quiso hazer, fue defraudar a los acreedores que tenian derecho de prenda en el juro, porque para cobrar con el preuilegio antiguo, y testimonio del remate se podia hazer, y assi parece que de proposito se hizo la mudança de el preuilegio, solo a fin de defraudar las hypotecas, *Et tunc procedit reg. text. celebris in l. conditionum. La 2. D. de condict. & demonstrat. in fin. vbi dicitur quod non videtur quis conditionem testatoris satisfecisse, quando ex proposito non adimplet voluntatem, sed facto, vel casu.*

Respondetur secundo, que el brocardico referido se limita, quando *ius tertij est radicatum tempore quo fit actus principalis præiudicans sæcundario Gomez in reg. de iure quæsito non tollendo quest.3. per totam maxime in versiculo vt tamen.* Lo qual procede con mas llaneza, quando el perjuyzio viene por hecho en que el Principe interuino, porque en este caso, *nec priucipaliter, nec secundario,* se a de entender que el Principe quiso hazer perjuizio a el tercero; vt notat Gomecius ubi supra.

Tertio respondetur, que quando el perjuyzio es contra la Iglesia, *non atenditur an veniat principaliter, siue secundario argumento textus in cap. statutum, el 1. de hæreticis lib. 8. Ancharranus consi. 12. num. 8. versi. & si dicatur, & consi. 155. num. 9. & sequent.* Con lo qual parece que se satisfaze a el fundamento que la otra parte haze en estos dos lugares.

Ni se satisfaze a lo que en ambos papeles tenemos escrito, con dezir: que la obligacion deste juro, fue y se induze por la general de bienes auidos y por auer, y no por especial hypoteca, la qual afecta mas la prenda que la general, ex l. 3. C. de servo pignori dato, & manu misso. Porque no hallamos diferencia entre la general, y especial hypoteca, para el caso de que se trata. Ni viene a el la ley 3. que habla en fauor de la libertad, y por priuilegio particular suyo, y aun quando el

do el esclauo estaua hypotecado por especial hypoteca no se reuocaua la libertad, sino era quãdo no auia otros bienes de que satisfazer al acreedor, y aun entonces es necessario fraude, *in manumitente re, & consilio favore, & præuilegio libertatis l. in fraudem* 10. *D. qui, & a quibus l. si quis cum haberet* 15. *l. omnes* 17. §. *lutius D. quæ in fraudem creditorum l.* 1. *C. qui manum, non possunt l. ergo* 4. §. *si in fraudem D. de fideicom. libertat.* Pero en nuestro caso, en que no ay este favor, y preuilegio, tampoco se puede aplicar la decision de este texto: como quiera, que el afectar mas, o menos no muda la substancia del caso.

Præterea respondetur, que quando ay fraude, o dolo, aun en terminos d. l. 3. no ay diferencia entre la hypoteca especial, y general, vt notat Azo in summa dicti tituli C. de seruo pignori dato, & manu misso cum quibus pro nobis respondendum speramus. Salvo, &c.

El Licenciado Duran de Torres.

Tiene satisfacion este r